

# La notion de « dernier re éclairage juridique

En psychiatrie, chaque intervention du législateur mérite de retenir toute l'attention des soignants, tant les conséquences sur les pratiques quotidiennes sont importantes. C'est d'autant plus vrai lorsque le Parlement glisse dans une loi de santé une disposition qui n'a pas fait l'objet d'une étude d'impact préalable. Lors de la discussion sur la loi de « *modernisation de notre système de santé* » (LMS) (1), un amendement parlementaire a été déposé (2) pour fixer un cadre normatif à l'usage de la contention et de l'isolement en psychiatrie. D'un strict point de vue juridique, la rédaction d'un tel article de loi était prévisible et, pour tout dire, inévitable car ces deux mesures que sont le placement en chambre fermée ou le fait d'entraver temporairement les déplacements et les gestes d'un individu, ne sont pas des actes dépourvus de conséquences juridiques. Dès l'instant où un pays démocratique, soumis aux exigences de l'État de droit, autorise une personne à user de la force et de la contrainte à l'encontre d'une autre, cet usage doit être encadré par le droit (3) et, par conséquent, être contrôlable par un juge. C'est d'ailleurs par ce biais que, depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, les États modernes ont cherché à diminuer l'arbitraire et à rendre chacun juridiquement responsable de ses actes (4). Pour y parvenir, il existe deux modèles normatifs.

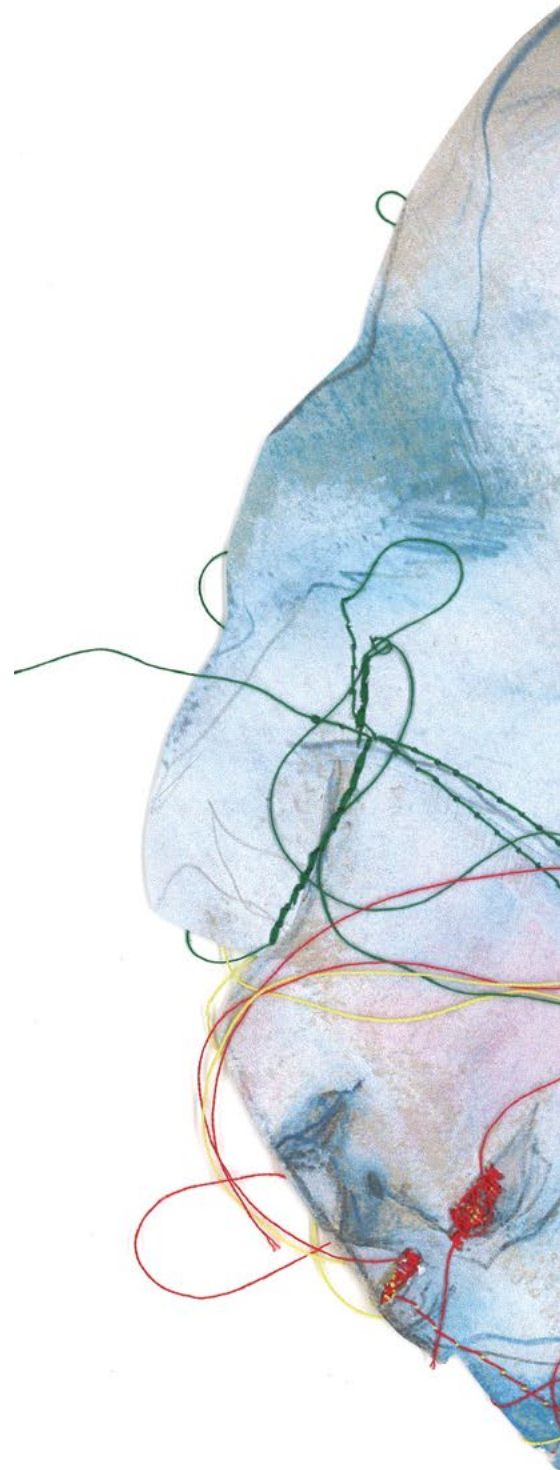
Éric PÉCHILLON

Professeur des Universités,  
Université Bretagne Sud.

– Le premier, qui a d'ailleurs longtemps prévalu en psychiatrie, consiste à accorder une très grande liberté décisionnelle à un individu (le psychiatre) ou une institution (l'hôpital) et à ne prévoir l'intervention du juge qu'en cas de saisine d'une personne s'estimant victime d'un « abus de liberté ». Lorsqu'il agit de la sorte, le législateur ne fixe que les principes directeurs d'une discipline et évite soigneusement de réglementer les pratiques professionnelles, ce qui conduit au développement d'usages locaux et de « macrodécisions » qui échappent pour l'essentiel au débat juridique. Avec ce modèle, ce n'est donc pas au juriste de définir préalablement comment « soigner » ou agir au quotidien. Seul le principe du recours à la contrainte est alors reconnu par les textes mais son usage n'est pas réglementé par des normes spécifiques. L'intervention du juge ne vise qu'à sanctionner par des dispositions de droit répressif (droit pénal, droit disciplinaire) un comportement inadmissible considéré comme une infraction.

– Le second modèle, retenu en 2016 par le législateur, repose sur une conception différente qui conduit d'ailleurs rapidement à une forme d'inflation législative. Afin de protéger les droits fondamentaux de l'individu, a fortiori s'il est vulnérable et/ou en situation de dépendance vis-à-vis de l'institution qui le prend en charge, le législateur organise une forme de renversement de la charge de la preuve vers les professionnels de santé. Il instaure des procédures censées garantir l'efficacité et la transparence de l'action publique. Chaque décision prononcée à l'encontre du patient n'est plus présumée être prise dans son intérêt. Au contraire, le législateur développe toute une série de procédures

© Christine Vanhaverbeke



# COURS »,



La loi de modernisation de notre système de santé encadre les mesures d'isolement et de contention, désormais obligatoirement « de dernier recours ». Un puissant levier de contentieux pour les patients et leurs familles.

### L'article 72 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé

Après l'article L. 3222-5 du code de la santé publique, il est inséré un article L. 3222-5-1 ainsi rédigé :

*« L'isolement et la contention sont des pratiques de dernier recours. Il ne peut y être procédé que pour prévenir un dommage immédiat ou imminent pour le patient ou autrui, sur décision d'un psychiatre, prise pour une durée limitée. Leur mise en œuvre doit faire l'objet d'une surveillance stricte confiée par l'établissement à des professionnels de santé désignés à cette fin. »*

*Un registre est tenu dans chaque établissement de santé autorisé en psychiatrie et désigné par le directeur général de l'agence régionale de santé pour assurer des soins psychiatriques sans consentement en application du 1 de l'article L. 3222-1. Pour chaque mesure d'isolement ou de contention, ce registre mentionne le nom du psychiatre ayant décidé cette mesure, sa date et son heure, sa durée et le nom des professionnels de santé l'ayant surveillée. Le registre, qui peut être établi sous forme numérique, doit être présenté, sur leur demande, à la commission départementale des soins psychiatriques, au Contrôleur général des lieux de privation de liberté ou à ses délégués et aux parlementaires.*

*L'établissement établit annuellement un rapport rendant compte des pratiques d'admission en chambre d'isolement et de contention, la politique définie pour limiter le recours à ces pratiques et l'évaluation de sa mise en œuvre. Ce rapport est transmis pour avis à la commission des usagers prévue à l'article L. 1112-3 et au conseil de surveillance prévu à l'article L. 6143-1. »*

destinées à obliger le soignant à expliciter les raisons ayant conduit à la prise de décision. En psychiatrie, le développement du contentieux indemnitaire engagé par les patients ou leurs proches et la pression croissante des textes internationaux de protection des libertés individuelles ont beaucoup pesé sur les réformes successives du Code de la santé publique. Les dispositions de l'article L. 3222-5-1 (cf. encadré 1) sont parfaitement révélatrices de ce phénomène.

#### LÉGIFÉRER DES PRATIQUES COURANTES

Dans une certaine précipitation, la loi de modernisation de notre système de santé a brusquement fait passer l'usage de la contention et de l'isolement d'une situation de sous-droit à ce qui peut apparaître comme une forme d'excès de droit. Ce qui autrefois ne faisait l'objet d'aucune réglementation explicite est désormais prévu et organisé dans un article spécifique du Code de la santé publique. À la première lecture, on s'aperçoit cependant rapidement que l'article L. 3222-5-1 contient des dispositions assez complexes à appliquer au quotidien dans les services. Pour commencer, de très nombreux termes sont susceptibles de donner lieu à des interprétations contradictoires.

#### • Une absence de définition...

Tout d'abord, le législateur ne définit pas les deux termes centraux : « isolement » et « contention ». Cette lacune va inévitablement conduire à des divergences de

pratiques d'un service à un autre, voire à des contentieux lorsqu'il s'agira de déterminer rétrospectivement si un patient a effectivement été « isolé » (chambre d'isolement, de soins intensifs, d'apaisement, individuelle fermable...) ou a fait l'objet d'une contention. La première question sera alors de savoir à partir de quel degré de contrainte la procédure législative doit être mise en œuvre. Cette absence de définition fait courir un double risque dans les services : celui de ne pas suivre la procédure et donc, par inaction, de commettre une illégalité formelle, mais aussi celui de se croire lié par ladite procédure pour des actes juridiquement plus anodins. Par peur de la sanction, ce second risque peut aboutir à « sur-protocoler » et à encombrer les services de démarches inutiles.

À l'inverse, l'ambiguïté du vocabulaire législatif et la crainte d'une bureaucratisation excessive de la psychiatrie peuvent également conduire à développer des pratiques permettant de contourner ce qui est perçu comme une intrusion inutile du droit dans le domaine du soin. Cette crainte a déjà été formulée à deux reprises au moins par les députés, qui ont interpellé le ministère de la Santé sur la « *contention chimique* » : doit-elle faire partie du cadre législatif ? Quand commence-t-elle véritablement ? Ne risque-t-elle pas insidieusement de se développer ? (5). Pour dépasser ces questions de vocabulaire et de limites, il faudra sans doute attendre la rédaction de textes de valeur juridique plus incertaine (recommandations de bonne

pratique, circulaires ministérielles, voire jurisprudence) pour tenter d'harmoniser les pratiques locales.

#### • Expliciter le vocabulaire juridique

Ensuite, c'est la formule « *pratiques de dernier recours* » qui mérite de retenir l'attention. Pour les juristes de terrain ou les professionnels de santé, il n'est pas nécessairement utile de rechercher les raisons qui ont poussé le Parlement à inscrire dans le Code de la santé une expression plutôt qu'une autre. Il est par contre primordial de saisir le sens des formules retenues par le droit en vigueur. Par ce premier alinéa de l'article L. 3222-5-1 du Code de la santé publique, le législateur a souhaité contraindre l'autorité compétente, à savoir le psychiatre, à envisager toutes les solutions alternatives avant d'autoriser les soignants à user de cette forme de contrainte à l'encontre d'un patient. Parmi les objectifs majeurs du texte, figure la volonté de réduire ses pratiques dans la durée, dans le nombre, et d'obliger les services à s'interroger sur la nécessité ou non de modifier le statut juridique du patient (soin libre ou sous contrainte). Si l'on en croit l'argumentation du ministre (voir encadré ci-contre), cet article ne devrait être qu'une première étape vers une approche plus globale du soin en psychiatrie. À défaut d'une grande loi pourtant indispensable sur la santé mentale, le droit en vigueur se contente pour l'instant d'aligner une succession d'articles qui contribuent à l'insécurité juridique au sein des services.

Dans la droite ligne des lois de 2011 et 2013 qui a institué de nouveaux droits pour les personnes hospitalisées sans leur consentement, l'usage d'une telle contrainte n'est admissible juridiquement qu'à l'encontre d'un patient relevant d'une mesure d'admission soit en Soins à la demande d'un représentant de l'État (SDRE) soit en Soins à la demande d'un tiers (SDT). Si, au moment du prononcé d'une telle décision par le psychiatre, le patient est en soins libres, il convient de faire évoluer son statut très rapidement, afin de lui garantir ses droits mais aussi d'offrir à l'équipe soignante un cadre d'action sécurisé. En effet, au cœur de ce type de décision, c'est encore une fois la question de la capacité à consentir du patient qui est discutée. Seule la gravité de la situation peut justifier un recours à une « pratique » considérée par le psychiatre comme la plus adaptée à l'état

du patient. Pour le Parlement, il ne s'agit donc pas de nier le savoir-faire des professionnels de santé mais de s'assurer qu'ils ont bien envisagé toutes les alternatives possibles. En qualifiant l'isolement et la contention de « *décision* », la loi en fait des actes administratifs individuels unilatéraux et les soumet indirectement aux exigences du droit commun. Ces mesures seront essentiellement prises en urgence et ne supposeront pas d'obtenir l'accord préalable du patient. Simplement, pour parvenir à les justifier, il conviendra d'apporter systématiquement la preuve qu'elles sont « *nécessaires, adaptées et proportionnées* » à son état de santé. Encore une fois, le législateur organise un droit de l'action en urgence. Plutôt que d'ignorer ou d'interdire les pratiques d'isolement et de contention, le code de la santé cherche à en restreindre l'usage.

#### • Prévenir un dommage

Enfin, selon une habitude très française, le texte dresse une liste limitative des motifs pouvant justifier les décisions individuelles en précisant dans le même alinéa qu'il peut s'agir d'une mesure préventive uniquement lorsque le comportement d'un patient laisse présager la survenance d'un « *dommage immédiat ou imminent* ». En procédant de la sorte, la loi ne fait pas explicitement de la « *décision du psychiatre* » une décision à finalité médicale. À la demande de certains, le terme « *prescription* » n'a en effet pas été retenu dans la version finale du texte. Cependant, il semble très difficile d'user légalement de ce type de contrainte pour une finalité extra-médicale. Le psychiatre doit agir dans son domaine de compétence et ne dispose pas d'un pouvoir de police administrative spéciale. Ce pouvoir n'appartient qu'au directeur d'établissement qui, lui, doit agir afin de protéger « *l'ordre public* » au sein du service (6). Un directeur alerté du comportement difficile d'une personne admise dans son hôpital qui mettrait en danger les autres usagers et/ou le personnel serait tenu, dans les plus brefs délais, de prendre toutes les mesures utiles (réglementaires ou individuelles) pour assurer la sécurité, mais il ne disposerait pas du pouvoir de l'envoyer en chambre d'isolement ou d'ordonner sa contention.

En exigeant la présence d'un « *dommage immédiat ou imminent* », la loi insiste encore une fois sur la nécessité de limiter ces pratiques aux seules situations d'urgence et oblige à justifier chaque

mesure en fonction des circonstances. Classiquement en droit public, une autorité administrative peut employer des moyens d'action dérogatoires du droit commun à condition d'être en mesure d'apporter la preuve au juge que les conditions de l'urgence liées aux circonstances exceptionnelles étaient remplies et que les moyens mis en œuvre pour y faire face étaient strictement adaptés (7). La particularité du droit de la psychiatrie tient au fait que le Code de la santé dresse une liste des « *pratiques* » envisageables et des motifs permettant de les justifier.

L'article L. 3222-5-1 a au moins un très grand mérite, celui d'éviter les conflits de compétence en désignant la seule autorité capable de prendre une telle décision : le psychiatre. Juridiquement, aucune décision de contention ou d'isolement ne peut être ordonnée sans son aval. Compte tenu de l'importance des effets juridiques de ces mesures, le législateur insiste sur le fait que l'intervention du psychiatre ne peut être rétroactive (8). Dans l'absolu, surtout face à une urgence, on peut imaginer que le psychiatre autorise l'équipe à isoler un patient pour un très bref délai si les informations transmises lui permettent de penser que c'est le seul moyen de le

protéger en attendant son propre examen clinique. La consigne donnée à l'équipe, individualisée et circonstanciée (9), devra être parfaitement claire. Le psychiatre dispose alors de quelques minutes (le temps d'arriver dans le service par exemple) pour rencontrer le patient et « *prescrire* » une mesure adaptée (durée, modalité de surveillance...) en fonction de l'état du patient qu'il a effectivement constaté.

Le législateur cherche dans cet article à trouver un équilibre entre la liberté de prescription du médecin, la protection des droits fondamentaux de l'individu et le bon fonctionnement des services. Ce n'est finalement que la déclinaison en psychiatrie de l'article R. 4127-8 du Code de la santé publique qui dispose que « *dans les limites fixées par la loi, le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance. Il doit, sans négliger son devoir d'assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins. Il doit tenir compte des avantages, des inconvénients et des conséquences des différentes investigations et thérapeutiques possibles* ».

### Les députés s'interrogent...

Réponse en date du 22 mars 2016 du ministère des Affaires sociales et de la Santé à la question écrite n° 91733 posée par C. Troallic (JO p. 2376)

« *La loi de modernisation de notre système de santé prévoit une mesure destinée à assurer la transparence des pratiques de recours aux chambres d'isolement et à la contention dans les établissements de santé accueillant des personnes en soins psychiatriques sans consentement. Cette disposition fait suite aux recommandations, en 2013, du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, sur la tenue d'un registre spécialement dédié aux placements à l'isolement – préconisation reprise par la mission parlementaire d'information sur la santé mentale et l'avenir de la psychiatrie – par l'inscription dans la loi de l'obligation de traçabilité des mesures d'isolement et de contention.*

*La tenue d'un registre dans chaque établissement de santé autorisé en psychiatrie, et désigné par le directeur général de l'agence régionale de santé pour délivrer des soins psychiatriques sans consentement, a pour objectif d'assurer la traçabilité de chaque mesure de contention. [...]*

*Dans le cadre des prises en charge de patients présentant des troubles du comportement, la prise en charge est globale et associe généralement plusieurs dimensions : prise de médicaments, approches psychodynamiques de la maladie...*

*Un travail est engagé depuis plusieurs années avec la Haute autorité de santé (HAS) afin de mieux encadrer ces situations difficiles et prévenir, chaque fois que possible, les situations présentant des troubles du comportement violents. C'est dans ce cadre que la HAS vient de publier un guide intitulé "Mieux prévenir et prendre en charge les moments de violence dans l'évolution clinique des patients adultes lors des hospitalisations en services de psychiatrie" (11). Ces travaux se poursuivent avec l'inscription au programme pluriannuel de la HAS, de recommandations sur le recours à la contention et en chambre d'isolement dont la publication est attendue cette année. Ces évolutions permettront de soutenir les politiques déjà engagées en matière de formation des professionnels de santé afin de prévenir et mieux répondre aux situations de violence.*

*Concernant la démographie médicale, il convient de rappeler que le nombre de psychiatres en France reste bien plus important que dans les autres pays européens mais trop de postes restent vacants dans les établissements de santé. C'est pourquoi la ministre de la Santé a présenté un plan d'actions en faveur de l'attractivité à l'hôpital notamment destiné à apporter des solutions aux spécialités en tension. »*

### CONSÉQUENCES PRATIQUES DE L'INTERVENTION DU LÉGISLATEUR

Concrètement, cet article 72 de la LMS oblige chaque service à engager une large réflexion sur ses modalités d'organisation. Parmi les points qui devront faire l'objet d'une concertation en fonction des caractéristiques de la population accueillie dans une unité, citons :

– L'identification des moyens matériels, humains, techniques existant sur place pour répondre aux situations de crise. Ceci permettra, après avoir recensé les situations à risques, de dresser un état des lieux, de s'interroger sur les alternatives possibles à la contrainte et d'identifier précisément les besoins.

– La rédaction de protocoles permettant de faire face aux différents cas de figure rencontrés ou possibles. Le protocole n'est jamais une règle impérative que les soignants doivent suivre aveuglément. Il est par contre indispensable pour un service d'en élaborer afin d'organiser au mieux un référentiel de travail. L'entrée en vigueur de la nouvelle loi peut être l'occasion d'opérer un toilettage de ces documents en se basant sur des retours d'expérience et en cherchant à faire émerger des « bonnes pratiques ». Devront notamment y être intégrés les différentes situations juridiques susceptibles d'être rencontrées (mineurs, détenus, en soins libres...) mais aussi les différents profils des patients.

– Le recensement des « décisions » devant donner lieu à une inscription dans le registre isolement-contention et la manière dont celui-ci doit être rempli. Sur ce point, il s'agit de permettre au registre de remplir son office de transparence sans pour autant risquer un détournement de l'outil.

– La sensibilisation des psychiatres sur l'importance de la motivation « du dernier recours ».

Ce travail collectif présentera l'avantage de renforcer la sécurité juridique au sein des services en identifiant par

avance les différents risques contentieux. En effet, il ne faut pas oublier que l'article L. 3222-5-1 du Code de la santé publique est un puissant levier contentieux pour les patients et leur famille. Ces derniers pourront en effet saisir le juge administratif s'ils estiment que l'usage de ce type de pratiques dans un service est disproportionné ou fondé sur un motif illégal. Ils disposeront pour ce faire non seulement de la possibilité de déposer un recours pour excès de pouvoir, au besoin assorti d'un référé, mais ils pourront également s'engager sur le terrain du plein contentieux afin d'obtenir une indemnisation des préjudices subis suite à une décision illégale. Il est sans doute nécessaire de rappeler ici une des rares jurisprudences existant sur cette question (10). En l'espèce, il s'agissait de tenter de faire reconnaître la responsabilité de l'établissement de santé pour faute dans l'utilisation des moyens de contrainte. Les juges marseillais ont estimé « qu'en tout état de cause, la contention physique des malades qui consiste à les maintenir alités membres supérieurs et inférieurs attachés par des sangles n'est utilisée, du fait de l'atteinte à la dignité du patient, qu'en dernier recours après que le personnel soignant ait d'abord usé des pouvoirs de la parole, de la pharmacopée à doses suffisantes et des chambres d'isolement ». Cette hiérarchisation des moyens d'intervention en psychiatrie a de quoi faire réfléchir sur la manière dont les juges administratifs perçoivent le fonctionnement quotidien des services.

1– Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

2– Amendement proposé par D. Robiliard, n°AS1467 du 13 mars 2015 <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/2302/CIION-SOC/AS1467.asp>

3– Article 34 de la Constitution.

4– En psychiatrie, la loi 7443 du 30 juin 1838, dite loi Esquirol, fixe un cadre normatif à la contrainte et développe les bases d'un service public de la psychiatrie.

5– Question écrite n° 91733 posée par C. Troallic et réponse du ministère en date du 22 mars 2016 (JO p. 2376) Voir : <http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-91733QE.htm> La député « s'interroge concernant la contention chimique, pour laquelle nous manquons également d'indicateurs et de données. Elle souhaiterait avoir des informations sur la situation de ces patients endormis par les médicaments, qui lui apparaît inquiétante. Il ne faudrait pas que la contention chimique devienne une alternative à la contention physique maintenant que cette dernière est strictement encadrée ».

6– Sur ce point, cf. une jurisprudence classique CE, 17 novembre 1997, req. N° 168606 : « dans un établissement public consacré aux aliénés comme dans l'ensemble des établissements publics de santé, le directeur est l'autorité compétente pour assurer la police générale de l'établissement ».

7– CE, 28 juin 1918, Heyries et CE 28 février 1919, Dol et Laurent : Cette jurisprudence considère que l'existence de circonstances exceptionnelles est de nature à justifier des mesures qui seraient, dans des circonstances normales, considérées comme illégales. Lorsque les circonstances exceptionnelles sont invoquées par une administration, le juge administratif va vérifier d'abord la réalité de la situation puis que les pouvoirs et moyens que s'est attribuée l'administration étaient nécessaires et adaptés à sa mission.

8– Sur ce point, il faut faire le lien avec l'avis de la Cour de cassation qui rappelle le principe de la non rétroactivité des décisions individuelles de placement sous contrainte : Cour de cassation avis du 11 juillet 2016, n°21670006 [https://www.courdecassation.fr/IMG//20160711\\_note-explicative\\_avis\\_1670006\\_2.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG//20160711_note-explicative_avis_1670006_2.pdf)

9– Rappelons qu'il n'est pas possible d'organiser une mise à l'isolement d'une catégorie de patients (comme les détenus) par le biais d'une note de service ou d'un « protocole » spécifique. Une telle pratique serait considérée par le juge comme illégale car discriminatoire et non fondée médicalement.

10– CAA Marseille, 25 janvier 2017, req. n° 05MA01245.

11– Mieux prévenir et prendre en charge les moments de violence dans l'évolution clinique des patients adultes lors des hospitalisations en services de psychiatrie. HAS, 2014, voir [http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c\\_1722310/fr/mieux-prevenir-et-prendre-en-charge-les-moments-de-violence-dans-l-evolution-clinique-des-patients-adultes-lors-des-hospitalisations-en-services-de-psychiatrie-note-de-cadrage](http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_1722310/fr/mieux-prevenir-et-prendre-en-charge-les-moments-de-violence-dans-l-evolution-clinique-des-patients-adultes-lors-des-hospitalisations-en-services-de-psychiatrie-note-de-cadrage)

**Résumé :** À l'occasion de la loi de modernisation du système de santé en janvier 2016, un article encadre les mesures de contention et d'isolement, qui doivent être prises en « dernier recours », consignées dans un registre et faire l'objet d'évaluations. L'auteur détaille le contexte de cet article, et les intentions du législateur et pointe les difficultés que les soignants rencontrent pour mettre en place, au quotidien, ces nouvelles dispositions.

**Mots-clés :** Changement – Compétence – Contention – Directeur – Droit de la santé – Droit du malade – Indication thérapeutique – Isolement thérapeutique – Législation – Procédure judiciaire – Protocole – Psychiatre – Soins sous contrainte.